

Región: Bajo Cauca
Autor: Gustavo Ávilez Solórzano
Título: Mi viejo Pueblito
Técnica: Mixta, oleos y acrílicos
Dimensiones: 52 x 213 cm

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Fecha de recepción: Agosto 17 de 2007
Fecha de aprobación: Octubre 16 de 2007

FILOSOFÍA DEL DERECHO

*Bruno Romano**

RESUMEN

Estas páginas, escritas por el profesor Bruno Romano, titular de Cátedra de Filosofía del Derecho, en la Universidad de Roma, La Sapienza, tienen como finalidad diferenciar, la razón de ser de la Filosofía del Derecho, respecto de la Ciencia Jurídica y la Teoría General del Derecho. La primera, rescata la visión del hombre dialogante, titular de la palabra (logos de lo humano-racional), donde se da el Derecho como relación de reconocimiento universal e incondicionado, en términos de Hegel en sus cursos de Jena. Se da allí la íntima relación entre logos- nomos y phatos, donde el derecho es instituido a través de la subjetividad fenomenológicamente entendido.

En cambio, las dos últimas disciplinas, están ligadas a un simple formalismo legal, en consonancia con una función sistemática-lógica, comprometidas ambas con un método igualmente formal, reguladoras de lo real - concreto - material - objetivo, ajenos a la filosofía que destaca la unicidad existencial del hombre.

Palabras clave: Derechos del Hombre, juridicidad vs. normatividad, sociedad vs. comunidad, genealogía del Derecho, relación jurídica, ipsidad e identidad existencial.

PHILOSOPHY OF LAW

ABSTRACT

These pages, written by professor Bruno Romano, Philosophy of Law Professorship at the University of Rome, La Sapienza, have as purpose to differentiate, the being of the Philosophy of Law, regarding the Legal Science and the General Theory of Law. The first one, rescues the vision of the open to discussion man, holder of the word (logos of the rational human element), where law appears, according to Hegel in his Jena's courses, as in an universal and unconditional relationship of recognition. The intimate relation among logos - nomos and phatos takes a place there, where law is instituted through the subjectivity when it is understood in phenomenological terms.

On the other hand, the two last disciplines, they are connected with a simple legal formalism, in harmony with a systematic-logical function, compromised both with a likewise formal method, regulators of the real thing – concrete – material – objective, alien to the philosophy that emphasizes the existential uniqueness of the man.

Key words: Rights of the Man, legality vs. normativity, society vs. community, genealogy of the Right, legal relation, isonomy and existential identity.

---

* Profesor de filosofía del derecho, director de la sección "Filosofia del diritto e Teoria dell'interpretazione", Università di Roma "La Sapienza".

FILOSOFÍA DEL DERECHO

INTRODUCCIÓN*

Los temas fundamentales que aborda la filosofía del derecho discuten, no sólo cuestiones inherentes a la autonomía y a la especificidad del fenómeno jurídico, en cuanto tal, sino sus mismas instituciones, entendidas como *res pública, super partes* garante de los derechos del hombre[1].

En su concreción, la juridicidad[2] es entendida y se explica como un determinado derecho vigente, instituido en un espacio y en un tiempo históricamente dados; la clarificación filosófica pretende mostrar, en cambio, que "instituir el derecho"[3] –el tránsito de la dimensión de la justicia al derecho positivo– no es simplemente un proceso técnico-científico; al contrario, deriva de la relación que se crea entre los individuos que constituyen la comunidad[4].

---

* Las notas en español y el texto, fueron realizados por Abelardo Rivera Llano

1 Por 'derechos del hombre', se entiende aquí el derecho del sujeto, en cuanto autenticidad del Ser e identidad existencial. El sujeto –entendido como persona humana– es el único titular de derechos que ejerce respecto de una libertad *cum* (en su relación con el *logos* y el *nomos*, cfr. infra nota 35). Se trata, en realidad, del derecho del hombre a tomar la palabra en la realidad institucional que le permita llegar a ser él mismo en la multiplicidad de las relaciones. Cfr. B. Romano, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto*, Giappichelli, Torino, 2006, concretamente: *Arte e tecnica nel diritto dell'uomo*, pp. 283 ss. Debe señalarse, igualmente, que cuando el autor alude a la *res publica,* lo hace en la visión filosófica de Fichet y su específica referencia a la ley de coacción. Escribe Romano sobre el particular: "Fichte sostiene que no "es posible relación jurídica alguna entre los hombres si no se da en una *res publica* y bajo el imperio de las leyes positivas". La existencia misma de la sociedad está "ligada a la eficacia de la ley"; no está supeditada a la *honestidad* y a la *confianza* del orden jurídico natural carente de eficacia frente, no sólo al principio de legalidad, sino respecto a la ley de *coacción* y de una fuerza preponderante" que permita su aplicación por parte del Estado". Cfr. *Ortonomia della relazione giuridica, una filosofia del diritto*, Bulzoni, Roma, 1997, p. 62. Como complemento del tema, pueden consultarse dos importantes monografías de Antonio Punzi, intituladas *L'intersoggettività originaria. la fondazione filosofia del diritto nel primo fiche*, Giappichelli, Torino, 2000 y, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie, Helvetius, d'Holbach. L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, prefazione di Bruno Romano, Giappichelli, 2003 – cap. VI *Il legislatore-educatore e il governo della scienza* – pp. 261 ss.

2 Cfr. infra nota 30.

3 Cfr. infra notas 38-41.

4 En la concepción filosófica del autor, las normas jurídicas se enuncian en un lenguaje que inicia y se desarrolla en la *racionalidad* y se realizan en una *comunidad* integrada por *relaciones intersubjetivas*, mediadas por la palabra (*logos*), génesis del derecho del hombre como sujeto, a su vez, de derechos incondicionales, no

En cuanto fenomenología del derecho, empieza precisamente donde nace el esclarecimiento de la relación intersubjetiva[5] –entendida como relación de reconocimiento y no de exclusión[6] – y, justamente por esto, reclama el ansia-deseo de justicia[7], que viene a configurar el momento inicial más importante a partir de una descripción orientada a captar la *genealogía del derecho*[8], como apertura que permite distinguir el fenómeno del derecho, de otros fenómenos de la vida de relación, entre ellos la política, la economía, la religión, etc.

Compromiso de la filosofía del derecho es, de otro lado, aclarar y advertir, al mismo tiempo, que el hombre no se presenta como un "yo diverso"[9] dentro de

---

manipulables. Debe advertirse, igualmente, que Romano distingue claramente entre *comunidad* y *sociedad*. En aquella se vive en la interacción y reconocimiento de la subjetividad, por fuera de todo nominalismo que prescinda del ser, mientras en la segunda, el hombre desaparece, para ser visto en el rol-función mediatizado por el sistema social que lo fragmenta en los tantos *yos* con los cuales debe identificarse. Por consiguiente, en ella la persona no es el ente (el *ov*) en cuanto tal, sino masa informe. Es un número más. Cfr. supra p. 15.

[5] La relación intersubjetiva representa la base para la construcción del Estado de derecho, el *incipit* de la relación intersubjetiva constituye el acto del reconocimiento entre el yo y el tú, el reconocimiento de la alteridad es universal e incondicionado; no está ligado a una ideología, una raza, o un poder determinado, a una cultura o una moral dominante. Cfr. infra nota 15.

[6] O, sea, la que priva al individuo de su unidad ontológica; de su alteridad y de la ausencia de justicia. Cfr. infra nota 1.

[7] Ansia y deseo de justicia constituyen los momentos que integran el derecho positivo y derivan de la diferencia *nomológica*, es decir, la diferencia entre dimensión del derecho y dimensiones del derecho positivo. El deseo de justicia es el nexo imprescindible del hombre con una dimensión que trasciende la inmanencia del derecho positivo.

[8] En esta acepción, la génesis del derecho viene a significar que ella se encuentra en lo *justo*, que implica la *relación*: norma (lo legal) y el derecho (lo justo), o sea, en la *relación jurídica* que apareja la relación de reconocimiento *incondicionado* y *universal* entre los hombres, apoyada en la intersubjetividad.

La genealogía del derecho es aquí considerada no como un orden jerárquico a la manera kelseniana; indica el marco existencial del fenómeno derecho que va más allá del sentido formal de la norma. Es el espacio en el cual el derecho se manifiesta en la relación, donde la génesis fenomenológica se opone al uso del derecho que viene a adquirir una forma en el momento mismo en el cual sólo lo considera a la luz de la técnica normativa. En esta acepción la génesis demuestra que la raíz de la legalidad es lo 'justo'. P. LEGENDRE, en el libro *Il giurista artista della ragione*, trad. L. Avitabile, ofrece una importante contribución al esclarecimiento del tema bajo el titulo, *Lo spazio genealogico del diritto. Presentazione di un lavoro*, págs. 183 ss., Giappichelli, Torino, 2000.

[9] Que, para Romano, equivale al yo fragmentado y dividido en la pluralidad de los sistemas sociales. Enseña, en efecto el autor, que si la norma no se disuelve en la gratuidad del flujo vital, irrumpe, sin más, la *auto-alienación* de la vida misma. Al explicar la filosofía de Nietzsche, *resalta* que en él la alienación es entendida como separación entre la *acción* y la *vida*, donde la norma viene a ser entendida como espacio de reflexión que se da entre la acción del individuo y la vida, en general; o sea, entre la norma y la vida, como potencia instintiva, propia de la vida biológica en la cual se disuelve el hombre contemporáneo, con la pérdida de su subjetividad. En este horizonte, señala el autor: "El *tercero* del derecho se vuelve homogéneo a la figura

roles-funciones que se asumen en el interior de aquellos fenómenos que, con una terminología post-moderna, se definen como sistemas sociales (política, economía, religión, universidad, etc.).

La filosofía va más allá de toda pretensión fragmentaria o de reduccionismo funcional; su unidad (ontológica) es la condición básica para el juicio jurídico. Dentro de esta perspectiva filosófica, las instituciones del derecho comportan la prohibición de toda aplicación violenta del mismo, vale decir, de cualquier relación de fuerza, por ende, la afirmación rigurosa y nítida de que el fenómeno derecho no nace de la fuerza bruta, entendida como fuerza física, moral, económica o de potencia funcional[10].

Se desprende, en consecuencia, que la relación jurídica no está constituida simplemente por un nexo causal o sólo por relaciones de lógica formal que se dan entre las diversas normas, sino que expresa la *ratio juris*, como parámetro-medida de las relaciones jurídicas. La génesis del derecho no se puede resumir o concretar, en términos de Jankélévitch, en 'una violencia que resultó eficaz', vale decir, triunfante; al contrario, el compromiso del jurista es *buscar el derecho* en la relación de reconocimiento[11], guiada por las formas de la *praxis* a la institución de un derecho positivo que se cualifica como *tercero*[12] y *súper partes*, regido, a su turno, por los *a priori* indisponibles de la justicia.

---

del hombre observador, lugar en el que se constituyen en unidad las conexiones de las operaciones de un sistema, de acuerdo con la función que lo define, integrándolo como el sistema derecho, el sistema ciencia, el sistema económico, etc." Cfr. *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit., p. 32.

[10] Que correspondería, en otros términos –enseña el autor– a la concepción del estado en Nietzsche, como "la inmoralidad organizada", pues donde aquél cesa, "inicia el alba del super-hombre". En esta concepción, escribe Romano: "La inmoralidad adquiere un *sentido* positivo de superación de la moral, entendida como principio que estructura al hombre", pues aquella, en Nietzsche –prosigue Romano– "Era el gran antídoto contra el nihilismo teórico y práctico, que se extiende también a las normas jurídicas como dos fenómenos (leyes morales-normas jurídicas), reguladores de las formas de relación humana que confieren al hombre un valor absoluto en lo que es, en lo que hace". Cfr. *Il giurista è uno zoologo metropolitano*, op. cit.

[11] O, sea, en el reencontrarse del sí mismo en los otros, en desarrollo de la gratuidad como *principio*, pues allí –enseña el autor– se cumple el encuentro del *yo* con el *otro* y con el *mundo*, que corresponde a una visión analógica-sintética del *ser* que se proyecta más allá de lo meramente *sensible*. Esta visión ha sido desplazada en el derecho penal por una orientación (hoy dominante), de cuño estrictamente sociológica, con la adopción del método de la observación de las masas o la experimentación a que se refiere recurrentemente Romano, esto es, los métodos de la sociología llamada empírica, donde el hombre no puede conocer más que cosas, como tampoco puede constituir la realidad, pues la supone y la encuentra ya dada. Todo esto acontece, asimismo, con la tecno-ciencia, característica de la informática y la neurobiología, como se observa también, en los sistemas autopoiéticos, donde rige la observación de primer y de segundo grado. Cfr. notas 22, 36 y 49.

[12] El tercero y la terciedad se concretan en las figuras llamadas del *tercer-legislador*, *tercer-juez* y *tercer-policía*. El juez es tercero en el momento mismo en que no se identifica con el proceso, y permanece en la

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

¿Qué queda hoy de la ciencia jurídica y de la formación del jurista? ¿La *filosofía del derecho* puede ser archivada y sustituida definitivamente por una visión técnico-funcional de la *teoría general del derecho* útil y eficiente en un mundo globalizado? A partir de estos interrogantes, cuando se menciona la filosofía del derecho, una primera reflexión que surge está encaminada a esclarecer la diferencia entre filosofía del derecho, ciencia jurídica y teoría general del derecho.

Es necesario aclarar, ante todo, que el saber filosófico no es, en verdad, un saber incapaz de alcanzar el rango propio de la ciencia jurídica o de la teoría general del derecho; por tanto, no es sobre este aspecto que se quiere reflexionar. No se discute sobre una actividad cognoscitiva humana carente de una cierta dignidad científica porque no se encuentra en condiciones de lograr una certeza objetiva. Al contrario, el saber filosófico destaca el concepto del *sentido existencial*, que nace, precisamente, en el momento mismo en que surgen preguntas jurídicas relacionadas

---

imparcialidad de la tercialidad (cfr. infra nota 45) del *nomos*; el legislador, a su vez, viene a ser tercero sólo si, en el momento en el cual legisla, no respalda la causalidad o la sola factualidad del hecho, sino que se abre al tema de lo 'justo'; en la geografía que individualiza la dimensión ortónoma del derecho, el tercer policía representa la 'justa fuerza', o sea, la coacción ejercitada en el ámbito de la justicia, con lo cual el derecho adquiere legitimidad, pues en el llamado "nudo borroniano" (cfr. infra nota 49), el tercero juez, corresponde a la dimensión de lo real; la del tercer juez, a la simbólica y, el tercer policía, al imaginario. El tema, de otro lado, es examinado por *L. Avitabile* en un agudo estudio titulado *Il terzo giudice tra gratuità e funzione*, complementado con comentarios y traducciones de V. Jankélévitch, J.P. Sartre, J. Habermas (Giappichelli Torino, 1999). Se explica aquí la terciedad como virtud, en Jankélévitch; la historia del Tercero, en Sartre y la terciedad sin desinterés, en Habermas. Cuando la autora examina "la dialéctica del grupo y sus contradicciones" (p. 61 ss.) en el pensamiento de Sartre, en orden a clarificar el complejo pensamiento del filósofo francés y utilizando sus mismas palabras escribe "(…) el error de muchos sociólogos es (…) considerar el grupo como una relación binaria (individuo-comunidad) cuando se trata en realidad de una relación ternaria. En efecto, ningún cuadro o escultura podrá representar el hecho de que el *individuo como tercero* está vinculado, en la unidad de una misma praxis (por tanto de una misma visión perceptiva), en la unidad de los individuos como instantes inseparables de la totalidad no totalizada y a cada uno de ellos como *tercero,* vale decir, a través de la mediación del grupo. En términos de percepción advierto al grupo como *mi* realidad común y simultáneamente, como mediación entre yo y los otros como terceros. Digo, precisamente, *todo tercero*: cualquiera que pueda ser, al interior de la acción común, la relación de simple reciprocidad (ayudar, llamar al vecino, al compañero etc.). Estas relaciones, aún trasformadas por el hecho de estar en grupo, no son constitutivas. Cfr. pág. 11 y nota 25. Los miembros del grupo vienen a ser *terceros*, o sea, cada uno totaliza la reciprocidad de los otros y la relación entre tercero y tercero nada tiene que ver con la alteridad: pues como el grupo se convierte en medio práctico de esta relación, se trata entonces de una relación humana (cuya importancia para la diferenciación del grupo es capital) que llamaremos reciprocidad mediada (…) dicha mediación es doble porque es mediación del grupo entre los terceros y mediación de cada tercero entre el grupo y los otros terceros".

con el *sentido*: ¿qué sentido tiene para mí? ¿Qué suerte me espera, como persona, en las relaciones jurídicas cotidianas?[13]

Una de las distinciones que se presentan entre filosofía y ciencia, proviene del hecho que las ciencias discuten y se ocupan de cuestiones que pueden ser objeto de experimentación, verificables y constatables en un laboratorio. En cambio, la filosofía –por ende, la filosofía del derecho– apareja el problema del *sentido de lo humano* que emerge allí donde los conocimientos no terminan en su escueto significado, más allá del significante que falta, vale decir, que el *sentido no tiene limites*[14].

De ahí el porqué para la humanidad –entendida como pluralidad de sujetos de derecho y no como simples consumidores– resulta fundamental buscar el sentido de la propia vida, demostrando de esta manera que para coexistir es imprescindible una razón existencial, dotada de capacidad para crear y buscar fines, metas y propósitos. La filosofía se distingue de la ciencia porque no termina en una masa informe de conocimientos que se convierten, según el caso, en intercambiables, o sea, negociables, sino que se cuestiona la cualidad de la relación intersubjetiva que se hace forma concreta en la realidad.

---

[13] Se refiere el autor a las consecuencias del fundamentalismo funcional y del nihilismo jurídico que aborda en su obra, así intitulada. De su parte, Daniel Cananzi, aventajado discípulo y asistente del profesor Romano, escribe, a este respecto, en su obra, *Diritto linguaggio interpretazione*, que se trae a colación, como retroalimentación del tema esbozado: "la común lección de Ricoeur y Romano, en efecto, centraliza el fenómeno lingüístico respecto a una visión más amplia y compleja en la cual el sujeto titular de la palabra, lo es también de la racionalidad identificatoria, trasladada a la propia libertad y al *sentido* de la justicia de la cual el derecho es garante". Romano, de otra parte examina la relación lenguaje y derecho, en el cap. IV de su obra *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'. Trenta tesi per una filosofia del diritto*, op. cit., p. 145 ss. de la otra, en el libro *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, en su capitulo II, trata la explicación biológico-máquinal del hombre y la extinción del sentido del derecho y sus implicaciones (p. 77 ss.). Huelga aclarar, asimismo, que el concepto de *sentido* (*Sinn*), tiene en Luhmann capital importancia como estrategia que reduce y mantiene la complejidad. El sentido aquí carece de todo sustrato óntico, pues no es más que una categoría sintética. En otros términos, no es una propiedad de la que el sujeto dota a sus acciones; ha de definirse, entonces, sin relación a un sujeto, ya que el propio sistema es un sistema dotado de sentido. Cfr. B. Romano, *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit., particularmente: *Intersoggettività e transoggettività. Il senso-forma*, pp. 18 ss. e p. 22.

[14] Está implícita la clásica cuestión filosófica relativa a la distinción entre *hechos* y *valores*, o sea, en otros términos, entre cómo son las *cosas* y cómo deberían ser en línea de principio. La ciencia, de su parte, se limita, en su campo, a mirar y examinar sin interferencias extrañas a su método y el estado de aquellas, objetivamente consideradas. Pero la idea del estado de las cosas, donde agota la ciencia su conocimiento –a los cuales alude Romano– independiente del horizonte de los valores sería, sin más, una visión insensata e incomprensible, frente a la necesidad del hombre de encontrar un sentido como tal y en la comunidad de vida donde se presenta como un *pathos*. De ahí su relación con el *Logos* y el *Nomos*; la *Terciedad* y la *Trialidad,* que constituyen el *leit motiv* de la construcción filosófica expuesta por el autor. Cfr. *Il diritto è strutturato come il discorso*, op. cit. cap. II *Intersoggettività e motto di spirito – La formazione triale della creazione di senso: la struttura del diritto è la struttura del linguaggio* – pp. 83 ss. También, cfr. infra nota 42.

Además, la cuestión central de la filosofía del derecho es la *libertad*; sólo ella permite explicar los conceptos de responsabilidad e imputabilidad, núcleos esenciales del derecho mismo. Cuanto se ha dicho se traduce en un argumento más para afirmar la *diferencia entre filosofía y ciencia*, ya que la libertad de los hombres no es definible ni como cosa ni como objeto, tanto menos como proceso neurobiológico; en otras palabras, no está sujeta a experimentación, ni a constatación[15].

En la sociedad actual, el estado de la filosofía del derecho se presenta en condiciones de real y seria dificultad, justamente porque la existencia del hombre está invadida por la permanente producción de informaciones que exigen ser desarrolladas de manera cognitivo-científica[16]. Teniendo en cuenta la actividad mercantil que ofrece constantemente novedades, el hombre es presentado como objeto dentro de los objetos que se confunden con la cantidad de mensajes que le son enviados, traducidos en conocimientos por adquirir, entender y hacer reales a través del consumo[17]; es esta la razón por la cual el sujeto se encuentra representado en un lenguaje instrumental y eficaz, encaminado a hacer realidad los conocimientos, pero al mismo tiempo, se halla cada vez más desadaptado e inconforme cuando reflexiona sobre su realidad existencial.

---

15 Como pretende hoy la neurobiología cuando trata de explicar el yo que no lo encuentra dentro del cerebro. Escribe, en efecto, el autor: “Cierta neurobiología afirma: “la decisión de realizar algo es tomada por el cerebro mucho antes que el individuo llegue a ser consciente”, pretendiendo explicar, por tanto, el yo y la libertad”. Cfr. *Il giurista è uno zoologo metropolitano*, op. cit.

16 Que corresponde a la creciente hibridación entre la capacidad cognitivo-vital del hombre y las funciones “inteligentes” del maquinismo bio-informático. De aquí emerge la neurobiología y la inteligencia artificial y su relación con el hombre posthumano, donde se presenta la *multiplicidad-fragmentación del yo* en las diversas funciones de los sistemas sociales, en que el hombre es absorbido. Por esto, en Luhmann, el hombre no puede comunicar; “sólo la comunicación puede comunicar”, dando lugar a una “lógica inmunitaria”, como la denomina Romano, donde el derecho no está estructurado como *lenguaje-discurso*. Se sustituye por el lenguaje del mercado, del valor-precio, entendido como *lenguaje tercero* porque es considerado capaz de funcionar de manera objetiva, propio del *tercer observador*. Se invierte la relación tradicional-clásica de la *existencia*, como reconocimiento; en otros términos, la vida, como *conocimiento*, e *instituir*, vale decir, dar sentido con base a la razón. En Romano el derecho es un *fenómeno instituido* y no un hecho ya dado. Por esto mismo, el derecho, no es el hecho.

17 Es preciso clarificar el significado-alcance que el autor asigna al vocablo, en clara sincronía con la explicación dada por B. Ingrao y G. Israel en la obra *La mano invisibile. L’equilibrio economico nella storia della scienza*, Laterza, Roma, 2006, pp. 12 ss. presentada en estos términos: “Se ha dicho que un consumidor es un agente económico (un individuo, una familia, un grupo unido por comunes intereses) que debe escoger un plan de consumo completo para el futuro, vale decir, seleccionar todos los *inputs* y todos los *outputs* que desea alcanzar. La actividad de dicho agente se encuentra definida por dos aspectos: las limitaciones físicas y el mercado, así como por los criterios de opción del plan…” Cfr. igualmente el capítulo relacionado con: *La mano invisibile* en las interpretaciones recientes del modelo axiomático del equilibrio general”, pp. 263 ss.

Se advierte de inmediato, dentro de este horizonte conceptual, que los interrogantes sobre el sentido de la justicia, que conlleva siempre la búsqueda de una interpretación como respuesta al sinnúmero de "porqués", no puede agotarse en un conjunto técnico y continuo de normas[18].

En el ámbito de esta perspectiva, la formación del jurista, entendida como tarea que exige un mayor empeño y responsabilidad, consiste en la urgencia de guardar distancia, en *forma crítica*, frente a la hipertrofia normativa, para dirigir su mirada al derecho del hombre[19], asumido en la pluralidad de sujetos de derecho que habitan en el planeta. Se trata de un proceso educativo, el cual debe considerar inconcebible una ciencia jurídica de la filosofía del derecho, incapaz de abordar las cuestiones centrales que tienen que ver con la juridicidad[20], así como con la diferencia entre la dimensión legal y la de la justicia; podría ella, sin duda, ocuparse de las normas en forma técnica, pero permanecería muda frente a la pretensión de justicia que, a la par de la existencia, no se deja definir y modelar dentro de los parámetros estrechos y limitados de un método técnico-científico.

Resulta útil recordar, asimismo, que las normas jurídicas se presentan en un lenguaje que empieza y se desarrolla en la racionalidad, concretándose, finalmente, en una comunidad constituida por relaciones intersubjetivas, vale decir, por medio de la palabra (*logos*). Esa misma comunidad entendida como espacio público en el cual cada sujeto tiene derecho a la palabra, se convierte en garantía para la defensa de los derechos.

La tendencia actual demuestra deplorablemente, que la filosofía del derecho se ha convertido en un saber sin mercado, fácilmente desplazada por una cierta corriente de la teoría general del derecho, en coherencia con un proceso definido con el léxico de Radbruch, "eutanasia de la filosofía del derecho" que resulta cómoda y útil a la formación de una "filosofía para juristas" (*Juristenphilosophie*), indudablemente de carácter banal.

---

[18] Pues, en Romano, el principio-inicio del derecho: "está en el deseo de justicia, entendido como deseo de hipotizar dentro de la trialidad del lenguaje-discurso". Partiendo de una crítica a la tesis expuesta por Kojève, según la cual "el derecho es la aplicación de una cierta idea de justicia a determinadas interacciones sociales"; agrega Romano: "se puede mostrar que no toda idea de justicia es derecho, sino que lo es exclusivamente aquella idea de justicia en cuanto lleva la idea de desear, entendida como hipotizar/desear". Cfr. *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit., p. 286.

[19] En Romano significa la esencia de la humanidad, pensada como una verdad del hombre universal, negada por Nietzsche. Cfr. supra nota 1.

[20] Se refiere el autor al problema tradicional, relativo a la distinción de lo que es derecho de lo que no lo es; es decir, la delimitación de las fronteras del derecho en su autonomía, presentada en su obra *Terzietà del diritto e società complessa*, Bulzoni, Roma, 1998, pp. 29 ss. Cfr. igualmente, infra, nota 20.

Se torna necesario destacar, en cambio, que la teoría general del derecho cumple siempre una tarea de sistematización lógico-formal[21] que bien podría llamarse en la época actual, técnico-científica; en síntesis, tiene como fundamento un método. En cambio, la filosofía del derecho se empeña en discutir las orientaciones pragmáticas de la justicia dentro de una prospectiva que engloba al hombre en cuanto sujeto de derecho. Se concluye, entonces, que la filosofía del derecho es filosofía entendida como investigación-búsqueda del núcleo característico de la existencia de los hombres y de sus relaciones[22] – la comunidad jurídica– compromiso del pensamiento que se interroga y cuestiona sobre el sentido de la justicia, alejada de toda visión mercantil 'cultural' difundida por los canales de comunicación[23].

Dentro de la actual coherencia del progreso científico, caracterizado por la exclusión de la subjetividad, la técnica dominante, que engloba la dimensión de lo jurídico, tiende a desplazar la filosofía que incide sobre el derecho del hombre, por tanto, del sujeto, convirtiéndola en superflua, al no evolucionar al ritmo veloz de aquella. Se ofrecen razones suficientes en orden a argumentar que ni siquiera en estas condiciones complejas y de aparente cancelación del sentido[24], la filosofía del derecho pueda ser reemplazada por la teoría general del derecho, entendida hoy en la dimensión de una ciencia del derecho con rango técnico, acorde con la concep-

---

[21] Debe recordarse que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, el sistema jurídico aparece como un concepto lógico formal de reglas jurídicas (a prioris kantianos), cuyas características, como se recuerda, son la sistematicidad, generalidad, plenitud hermética (kelseniana), la unicidad y coherencia intra-sistémica (teoría pura del derecho).

[22] Alude el autor a las distintas formas en que se presentan y explican dichas relaciones. Así, por ejemplo, (recuerda) en Hegel el *espíritu* es presentado en la *relación de reconocimiento*; en cambio, en Buber y Satta, respectivamente, en la *relación yo-tú* o, ya, en la *relación humana*. Puntualiza Romano que en estos tres caminos, el espíritu no se confunde o identifica con las simples funciones vitales, a-subjetivas, propias del funcionalismo sistémico, a la manera luhmaniana.

[23] El tema es examinado por el autor, en el libro *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, op. cit. cap. IX –*Noia e potere dei mass media*– pp. 499 ss. Señala, en efecto: "En la *noia* de la globalización, cada individuo comunicante se convierte en un ente "impotente" y los canales mediáticos –radio, televisión y prensa– pueden ejercer un dominio unidireccional de información –sometimiento–, pues está orientada fundamentalmente a aumentar su poder, erigiéndose como Monarcas que detienen el poder mediático, apoyados en una "legitimación" de hecho y mercantil". Id., pp. 501.

[24] El sentido es llamado, igualmente, el tercero-espacio del discurso; es una dimensión que no es objeto de control limitante por parte de alguien, pues está abierto a la humanidad, a la cual pertenecen los "sujetos de la relación intersubjetiva". En otros términos es el lugar garante de la relación jurídica, que no puede ser banalizado por una simple señal lingüística, pues constituye el inicio de la juridicidad dentro del *logos*, como el espacio de la creación del sentido que instituye la "segunda vida", vale decir, la transbiologica-vital-instintual. Cfr. supra p. 5 nota 14. También, B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, pp. 253 –*Dominio del presente e svuotamento del futuro. L'attesa di senso*–.

ción dominante, según la cual toda ciencia es teoría disciplinante y reguladora de lo *real-concreto-material-objetivo*.

Cualquier teoría que se ocupe entonces de lo real se 'asegura', por tanto, de su propio campo, entendido dentro de una objetividad limitada, calculable y definible; también la teoría general del derecho rechaza relaciones provenientes de otros ámbitos como la filosofía, el arte, la historia, la religión etc., pues ella encuentra su base y fundamento exclusivo en la primacía del método y se mueve en un espacio reducido, donde el yo es concebido y entendido, progresivamente, como el yo del derecho, de la economía, de la política, de los mass media etc., o sea, en la multiplicidad fragmentaria en que el yo se disuelve y viene a identificarse[25]. Es este el escenario que hoy predomina: *surplus* de normas, tecnicismo y ausencia del hombre como negación de su subjetividad.

Ahora bien, es necesario afirmar que la teoría general del derecho podría eliminar la filosofía del derecho, sólo si lograse anular la posibilidad misma de que el hombre pueda llamarse 'yo', reemplazando además las normas al hombre, en forma total y definitiva, con la desaparición del sujeto como fragmento de un sector, vale decir, en su visión reductiva de aquél. Pero el hombre responsable, jurídicamente imputable, no se puede limitar a un producto terminal, a un simple sujeto lógico, a una *ficción jurídica*[26]; al contrario, hay que mirar su unicidad existencial integrada a su subjetividad.

En esta dirección, el fenómeno del derecho se presenta precisamente cuando el otro, (*alter*), es percibido en su totalidad existencial, es decir, cuando entra en relación

---

[25] Cfr. B. Romano, *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit. –*L'io in frammenti nella pluralità dei sistemi*– pp. 162 ss. Clarifica Romano: "La razón lineal y la razón circular que corresponden a dos visiones cualificantes de la causalidad, la causalidad simple y la causalidad compleja…". Son dos alternativas de antropología filosófica y filosofía jurídica que se presentan en las formas históricas de la vida cuotidiana actualmente describibles. La primera de estas alternativas, consiste en la figura del hombre entendido como *llegar a ser* todo lo que se es"; la otra, muestra aquel modelo del hombre, donde cada uno manifiesta su existencia como una multiplicidad de estratos, de roles-funciones del yo" (el yo como fragmento del individuo). p. 163.

[26] Objeto de un analítico estudio de Alessandro Argiroffi, quien examina la *fictio juris* bajo dos acepciones. En la primera, "se trata… del recurso a la fictio juris que modifica artificiosamente el fenómeno de la efectividad como tal". La segunda, la asume como el "*aparecer de la aparición*, que no significa manifestación del sí (del fenómeno), sino más bien: "el anunciar algo que no se manifiesta mediante algo que se manifiesta". En, extracto del volumen, *Dimensione dell'effettività,* Milano, Giuffrè*,* 2005*,* p. 371. Cfr. B. Romano, *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit. –cap. III– *Causalità e causalità psichica,* pp. 61 ss. El tema, a manera de ejemplo, encuentra aplicación en el campo del derecho penal, frente al controvertido problema de la *causalidad* en la omisión, tradicionalmente explicada a través de las teorías (ficción jurídica) del *nihil facere, aliud facere* y la acción esperada, superada hoy con la teoría de la imputación objetiva, mediada, a su vez, por la teoría de riesgo y del *principio de precaución*, como una defensa frente a peligros anticipados.

como un 'quid', dotado de sentido y no como *una cosa cualquiera*. En la *relación jurídica* significa, que el otro es entendido como reconocimiento; reconocimiento que emana de la misma relación de la gratuidad[27].

El derecho piensa, cualifica y disciplina las conductas libres del yo, entendidas en la dimensión integral del hombre; no se ocupa únicamente de una parte (lo objetivo), sino que selecciona los *contenidos* de las normas para salvaguardar y proteger la *libertad*[28], por fuera de una simple ejecución formal-procedimental-mecánica[29].

El derecho que discute y examina la filosofía es, por tanto, un fenómeno que pertenece a los hombres en tanto sujetos que tienen derecho a la palabra (*logos*), mientras el teorizado por la teoría general del derecho se mueve y manifiesta en la funcionalidad sistémica de las normas, alejado del sentido del derecho, visto dentro del nexo esencial e inescindible *hombre-derecho* y en la *diferencia* entre normatividad y juridicididad[30]. Como puede advertirse, se trata de dos ámbitos diversos, pero a la vez, complementarios, y no recíprocamente excluyentes.

LA FILOSOFÍA, EL DERECHO Y EL PROBLEMA DE LA LIBERTAD[31]

La perspectiva que ofrece el mundo del mercado[32], tiende a convertir al hombre en destinatario de un sinnúmero de mensajes estructurados a partir de un eje desde el cual se lanzan los '*inputs*'[33] inductores al consumo. Se convierte en receptor de conocimientos técnicos que debe adquirir y acatar. Se encuentra hoy el hombre replegado e identificado, entonces, en un lenguaje que *habla* sólo de ciencia, inca-

[27] La donación y el sentido de gratuidad entendido como aquello que es intercambiable o monetizable.

[28] Cfr. B. Romano, *Soggetto libertà e diritto nel pensiero contemporaneo – Los tres niveles de la libertad, gratuidad y derecho*, op. cit.

[29] El tema se vincula con la progresiva sustitución de la racionalidad sustancial, por la racionalidad predecible, hoy dominante en el funcionalismo posthumano. Cfr. del autor *La critica della ragione procedurale. Saggio sulla visione procedurale del diritto*, Giappichelli Torino, 2001.

[30] Juridicidad y normatividad representan la diferencia entre derecho y proposición jurídica. Se trata de la diferencia entre dos niveles: norma y derecho, pero donde el derecho remite a la cuestión ontológica de la justicia.

[31] Cfr. supra nota 15 y pp. 12-13.

[32] Un análisis amplio del tema se encuentra en una traducción parcial de la obra de N. Luhmann, (por L. Avitabile), *Mercato e diritto*, Giappichelli, Torino, 2006 donde analiza el lenguaje de los precios; el mercado ambiente interno del sistema económico, la función del derecho y la posición de los tribunales en el sistema jurídico.

[33] Cfr. notas 17, 48, 59.

paz de promover y estimular las cuestiones relativas al sentido que debe orientar la justicia de las relaciones cotidianas[34], si se las mira al margen de una reducción normativo-funcional, por ende formal.

Se puede afirmar, en consecuencia, que la filosofía del derecho abarca y rescata la visión del hombre que opta por presentarse a través del *diálogo*. Se trata de una tarea, es decir de un empeño del hombre, especialmente del jurista que, en la definición de la justicia, no puede asimilarse a un mudo instrumento mecánico, presentándola en una óptica estrecha, por fuera del sentido de lo humano[35] y de la justicia. De esta manera el hombre rechaza todo proceso que tienda a equipararlo y convertirlo en una sumatoria de saberes técnicos, liberándose de ellos, no dejándose convertir en instrumento de los mismos.

Al sustraerse a la actividad elemental de mera repetición de cuanto observa[36], el hombre rescata la posibilidad de encontrar sentido, incluyendo también el *sentido* de la justicia. Estas posibilidades se revelan en la libertad y en las opciones responsables; a través de ellas el hombre incide sobre el mundo que lo circunda, con la inscripción de un proyecto original que no puede convertirse en único, pues la opción es plural como formación del sentido[37] y es tal si se realiza en el ejercicio de la libertad al margen del monitoreo técnico, que trata de reducirlo a un conocimiento científico o un burdo producto técnico[38].

---

[34] Cfr. B. Romano, *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit. – *Il senso del diritto tra contraddizione e controversia* – pp. 227 ss.

[35] Equivalente al *logos* de lo humano-racional. Por esto afirma Romano, “el *ego sum* es un *ego cum*” en la condivisión íntima entre *logos*, *nomos* y *pathos*. Cfr. supra nota 1.

[36] En su obra *Diritto e osservatore*, Luisa Avitabile, aventajada discípula del autor, explica con claridad penetrante, la teoría luhmanniana de la observación, llamada de *primer y segundo grado*, a partir de la cual, “el mundo se separa totalmente de la naturaleza, por ende, de la ciencia del espíritu. En su reemplazo, se introduce “la dimensión de la contra-factualidad, vale decir, de la institución de expectativas cognitivas como expectativas normativas, pues el mundo viene a formarse con base en la acción-no acción de los hombres y no sobre la realidad encontrada en aquel. De ahí porqué en la observación de segundo grado se prescinde del subjetivismo individual (desaparece el hombre), quien sólo puede remitirse funcionalmente a las observaciones del primer observador. Luego, funcionalidad=yo, disfuncionalidad=no yo. Se excluye la medida de lo *justo* y se impone la verdad *funcional*” cfr. *Diritto e osservatore*, Giuffré Milano, 1997. Véase también, B. Romano, *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit. –*Osservazione e ragione procedurale di secondo grado*– pp. 401 ss. (n.d.c.)

[37] Cfr. del autor *Il giurista è uno zoologo metropolitano?*, op. cit.

[38] En la reflexión filosófica del autor, se plantea, a este respecto, la diferencia entre los animales y el hombre. Aquellos no expresan opiniones, ni hipótesis; viven en lo biológico-vital, pero no enuncian nada. No discuten interpretaciones de la vida o sobre el sentido que se abre en la dimensión del espíritu que es el “espacio donde el arte del jurista *instituye* el derecho del hombre por fuera de la leyes de lo no humano.” Cfr. *Il giurista è uno zoologo metropolitano?*, op. cit. también, supra nota 41.

Las relaciones intersubjetivas son posibles porque el hombre es único e irrepetible en su libertad creativa; lo es también por la historia de la educación en la familia, en la religión, o ya en las costumbres de un pueblo, como también en la lengua como expresión de una cultura y de la persona vista en una sociedad. Las reglas-normas de un 'estado civil' tienen que ver con el ingreso de una vida nueva en un mundo condividido; no pueden ser consideradas simplemente como un producto o ejecución de un método instrumental-formal. Ellas deben ser aplicadas siempre con referencia al sujeto de derecho. Los crímenes contra la humanidad o la defensa de los derechos del hombre, la esclavitud o la libertad, la discriminación o el reconocimiento, la tortura o el respeto, el sufrimiento o la alegría, constituyen conjuntos de polos en oposición que envuelven y comprometen el yo en su plenitud.

La vía que absolutiza uno de estos dos polos está destinada a convertirse en una sistemática que fomenta y nutre el funcionalismo[39], dando lugar a una nueva tipología del fundamentalismo: el fundamentalismo funcional, incrementado por el modelo de las relaciones creadas por las leyes que rigen los mercados, donde cada uno cumple un rol que es funcional a algo[40].

En la práctica, la condición actual de la humanidad viene cualificada por el proceso de globalización, ligado al concepto explícito de que el hombre no es más que una entidad explicable científicamente, de la misma manera en que lo son los objetos. Pero el espacio existencial de la libertad y de la justicia, como el que debela la injusticia, no puede ser tratado científicamente y es construido por un trabajo llamado "instituir"[41]; la característica de las leyes jurídicas es precisamente la de ser "instituidas" y no simplemente dadas[42], como en la acepción biológica. Por tanto: las instituciones jurídicas no pueden ser tratadas al mismo nivel de una actividad

---

39 Que es, a manera de ejemplo, cuanto se observa en algunas corrientes del derecho penal contemporáneo, de origen alemán, a partir de los planteamientos de Günther Jacobs frente a las implicaciones de su teoría sobre la *vigencia* de la norma, reflejo fiel de una concepción kelseniana y kantiana del derecho.

40 En cambio, el hombre –recuerda el autor– citando a Fabro, "es una identidad en continua novedad", por tanto, no se puede reducir a roles-funciones.

41 En efecto, el llamado 'arte de instituir' no es otra cosa que el momento creativo de la subjetividad humana, el cual se remite a su capacidad formativa de nuevas realidades llamadas 'instituidas', como capacidad de trascendencia, opuesta al 'abandonarse a la vida' propia de la condición animal. Este arte pertenece a la racionalidad, capaz de crear la 'segunda vida', en relación analógica con el concepto clásico del *vitam instituere*. Cfr. B. ROMANO, *Ortonomia della relazione giuridica. Una filosofia del diritto,* Bulzoni Roma, 1997 –*Riconoscimento costitutivo riconoscimento costattivo*– "ley de coacción" como imposición coactiva que legitima la violencia. Aquí contrapone el autor la "visión instrumental-funcional", a la "visión existencial del derecho".Véase, igualmente, infra, nota 62, pp. 57 ss.

42 Cfr. infra nota 38.

estrictamente científica, por cuanto son el producto del ejercicio de la libertad[43] de cada miembro de la comunidad, como ser creativo.

La ciencia del derecho, así como la *praxis* de los juristas, deben tomar plenamente conciencia de que las normas jurídicas tienen su propia génesis y su personal estructura que las tornan irreductibles a las leyes que caracterizan los procesos biológicos, o las operaciones propias que distinguen la inteligencia artificial. Dentro de esta perspectiva, la filosofía del derecho reflexiona acerca de la institución del derecho que, a su turno, especifica y clarifica el significado dado por la comunidad jurídica y el que le otorgan, igualmente, las instituciones[44].

Las actuales representaciones culturales de los conceptos 'yo', 'sujeto', 'derecho', 'juicio jurídico', 'terciedad del juez', son consideradas en parte superadas por las explicaciones científicas del hombre, apoyadas en los descubrimientos de la neurobiología y de la aplicación de la inteligencia artificial que, en su esencia, niegan lo que los clásicos del pensamiento discutían en torno a expresiones como 'mismidad'[45] (ipsidad), e 'identidad existencial'.

Es claro que no se puede describir la condición contemporánea sin tomar nota de que toda explicación científica representa innegablemente un progreso, pero también lleva al consumismo que involucra y absorbe al hombre y sus relaciones, con el *trágico* resultado de tener que estar siempre a la altura de cuanto el mercado le impone a través de los medios de propaganda[46]. Las llamadas leyes del mercado utilizan hoy el derecho como su instrumento mecánico y funcional, y olvidan que la cuestión jurídica es el camino prioritario para la clarificación de la situación actual del derecho y que justo la filosofía del derecho puede restablecer la dignidad teorética a la filosofía 'en venta' en el mercado gestionado por los *mass-media*.

Es esta la razón por la cual la filosofía del derecho no puede agotarse en conocimientos simplemente técnicos –dando prioridad únicamente a la positividad de las

---

[43] Recuerda el autor, apoyado en Heidegger, que la libertad es entendida como esencia de la verdad y verdad de la esencia.

[44] Cfr. Supra, nota 5.

[45] Ser *sí mismo*, sujeto de derecho, entendido como sujeto existencial que continuamente se muestra a *sí mismo*. Entendido también como la expresión-manifestación del ser en su misma identidad subjetiva; por tanto, sujeto de derecho fenomenológicamente entendido que continuamente se manifiesta a sí mismo cfr. de B. Romano, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, op. cit (*Ibridazione cognitiva*, *linguaggio digitale*, *Rimozione del diritto*, pp. 125 ss. e *Ingegnerizzazione del se stesso e del diritto: il sé dei neuroni ed il sé degli elettroni*, pp. 155 ss.)

[46] Cfr. supra nota 23.

normas– sino que está expuesta continuamente a la interpretación de las conductas jurídicas, que incluyen, en modo *constitutivo* y no sólo *constatativo*, la esencialidad del otro, que se presenta al yo con sus opciones[47].

Que el derecho comience con la relación comunicativa entre los sujetos, al interior de una comunidad, se convierte en un imperativo central, al destacar la relación del *logos*, lo cual significa participación en la formación de las instituciones públicas en las que el lenguaje, como discurso social, representa la estructura básica en la estructura del derecho: lugar y vínculo, al mismo tiempo, dimensión incondicional e indisponible, sustraída a la contratación típica de los mercados.

Nadie espera justicia en una condición de absoluto aislamiento; la espera cuando se encuentra en relación con los otros, como seres no disponibles ni agotables en su conocimiento. Se afianza así la *esencialidad del otro*, que en el discurso vital, hace posible la superación del simple legalismo funcional, al liberar al hombre de la identificación con una imagen del derecho que, en cada oportunidad, puede ser utilizada para ponerlo en manos de un dictador, un jefe, un soberano iluminado, un régimen, una oligarquía, como también al dominio del mercado[48].

El otro (la alteridad) protege la mera ejecución procesal porque, presentándose en la expresión de su libertad, se separa del elemental tecnicismo de las normas y de la visión de un derecho formal para remitir al hombre a *la cuestión de la justicia*. La relación con el otro está mediada por la palabra que en la comunidad jurídica constituye el tejido social, el texto que todos pueden interpretar, es decir, la textualidad que se sedimenta en una transmisión de saberes entendidos como capital simbólico[49].

---

[47] Vale decir, en las distintas hipótesis que se abren a la formación continua de la *identidad* existencial del yo, en su mismidad, considerado en la centralidad de las instituciones jurídicas propias de la *coexistencia*, donde se reconoce en el hombre un sujeto de derechos, incondicionados y no instrumentalizados por el poder político o el del mercado que, «en Nietzsche, son manifestaciones de un único modelo: el de la relación animal que es la relación estructurada por una sola regla: la de lo útil-biológico configurada por las modalidades de las vidas que tienen más vida porque tienen más fuerza» como lo enseña Romano. Cfr. del autor, *Il giurista è uno zoologo metropolitano?*, op. cit., pp. 117 ss.

[48] Romano se refiere al tema en su obra: *Il diritto strutturato come il discorso. Amore uguaglianza differenza. La differenza nomologica*, Bulzoni Roma, 1994 – cap. VII *Diritto. Proprietà ed aversi. Discorso del denaro e discorso del diritto* – pp. 216 ss. Aquí analiza cómo "… el mercado del dinero trata sólo dinero con dinero… En el mercado, en cuanto mercado del dinero, los derechos de la libertad se miden como derechos del dinero: el significante más aniquilante de toda significación …". p.219.

[49] Que, en el 'lenguaje-discurso' explicado por el autor en sus consecuencias-efectos, se vincula con el llamado 'nudo borroniano', integrado por tres dimensiones: lo Real, lo Simbólico y lo Imaginario que se presentan en forma inseparable, es decir, en una relación de *unidad total*, donde el sentido de cada uno, se pierde, en su realidad, si se separa la unidad que las vincula. En otros términos, tomados del autor, lo real, pertenece al

Al interior de una comunidad, por tanto, adquiere papel principal el *logos*, como dimensión que no se puede agotar en una relación funcional, sino que se materializa en un espacio público, por tanto *tercero*[50], más allá del plano a-jurídico de la fuerza ejercitada por una parte sobre otra que la excluye, privándola de la palabra. El *nomos* –coesencial al *logos*– protege de la exclusión (como violencia)[51] por fuera de esta topología *relacional*[52] se permanece en un orden solamente funcional, ajeno a la cuestión jurídica.

La filosofía se presenta así, por tanto, en su *especificidad* cuando coloca al hombre (al *logos*), en la originalidad de la palabra. La ciencia, en cambio, demuestra sus avances; los presenta al conocimiento de la colectividad a través de la verificación; la filosofía no fomenta, por el contrario, un trabajo de experimentación reproducible, sino de invitación a la búsqueda crítica en relación con el conocimiento fenomenológico del hombre y su vinculación con el otro (yo = tú).

LA TERCIEDAD[53] DEL DERECHO

Dentro de las reflexiones propias de la filosofía del derecho, se destaca también la referencia al llamado 'juicio jurídico' porque es pronunciado por un tercero –el

pasado; lo simbólico, al futuro y, lo imaginario, al presente "como dimensión del significado de un sentido ya dado, de un enunciado que, temporalmente aislado, puede ser un lenguaje cibernético; es sólo aquello que es; no tiene posibilidad alguna de obrar sobre sí mismo a partir de una no-coincidencia con aquello que puntualmente es. Un lenguaje maquinal-cibernético incide sobre su clausura de funcionamiento, no pudiendo abrirse a algo diferente, seleccionado en una opción hipotizante. En el lenguaje del hombre se da, en cambio, una apertura-pregunta constitutiva, que pone en duda lo que es, tal como se presenta, aquí y ahora. Cfr. supra notas 11, 36 y 48.

Lo simbólico es el futuro, porque en el lenguaje es la dimensión del significante, que lleva inherente la condición de rotación del sentido; de reenvío y conexiones entre *el sentido que es* y el sentido que está en forma… el imaginario, es la dimensión temporal del presente; es la estaticididad de un aparato dado para el funcionamiento de la comunicación/información entre los comunicantes, o sea, es el conjunto de las reglas vigentes en la comunicación-información, en medio de un *dicho-imagen* que permanece indiferente a la consideración del decirse en el decir". Cfr. *Terzietà del diritto e società complessa*, op. cit. pp.150-151.

[50] Cfr. supra nota 12.

[51] Cfr. supra notas 6 e infra p. 15.

[52] Romano trae a colación dos expresiones. La primera, de Buber, según la cual, "al principio está la relación" (equivalente al *logos*, cfr. supra nota 4). La segunda, de Lacán: "Es a partir del discurso que comienza cualquier determinación del sujeto", y puntualiza: "La cualificación del sujeto se presenta en la continua reconstrucción de la subjetividad mediante la relación intersubjetiva del discurso, donde el lenguaje no cumple una función simplemente instrumental; por el contrario, forma y expresa la subjetividad que preexiste en la desobjetivación en desarrollo de la relación palabra-lenguaje". Cfr. *Il diritto strutturato come discorso*, op. cit., p. 19.

[53] Este término no encuentra una específica correspondencia semántica en español, pero bien podría asimilarse a *tercería* (jus-mediación).

juez– que utiliza el arte de la razón del derecho, fenomenológicamente diferenciada de la razón del mercado, de la política y de los otros fenómenos sociales en su visión sistémico-funcional, que se separan del derecho entendido como un fenómeno vivo. Resulta significativo, al respecto y dentro del universo conceptual en su cabal comprensión, la perspectiva que analiza el *tercero del derecho* a través de las formas del legislador, del juez y de la policía[54], como núcleos indispensables del fenómeno jurídico.

Como se ha dicho, en la condición contemporánea, la filosofía del derecho viene a encontrarse presionada constantemente por el imperativo que le exige asumir los rasgos distintivos de la ciencia y configurarse, al mismo tempo, en forma tal de imponer la autoridad científica, expresada en un lenguaje técnico. Una de las manifestaciones actuales, mayormente difundida del quehacer científico, como jurídico, se encuentra en aquella *praxis gestionaria científica*, que se alimenta de la *praxis* del mercado y del lenguaje técnico, en la modalidad del lenguaje de precios[55].

El concepto de justicia corre el riesgo de convertirse en un *self service* normativo, en el cual el tercero[56] –en la figura del legislador, del juez y de la policía– se limita a legalizar un conjunto de operaciones que resultan vencedoras porque funcionan de manera eficiente. En la formación del jurista, cada vez resultan ausentes las preguntas sobre la diferencia entre lo legal (normas) y lo justo (derecho)[57]. Pierde prioridad jurídica el respeto, traducido en el derecho a escuchar al otro; de ello se desprende que la legalidad puede funcionar aún en el momento en el cual se presenta como instrumento de la violencia que cancela el *logos* e impone un servil silencio en el momento mismo de su aplicación procesal[58].

---

[54] Cfr. supra nota 12.

[55] Cfr. supra notas 17-48.

[56] Cfr. supra nota 12.

[57] Es lo que Romano define como *diferencia nomológica*; significa una diferencia sustancial entre la norma entendida como *jus positum* y el derecho que aún no se ha concretado en su forma vigente, o sea, en su aplicación por parte del juez. Dicha diferencia se da en los órdenes del Tú y del Esso. Escribe el autor, al respecto: “Se adopta el orden del Esso porque protege la posibilidad del orden del Tú. El orden del Esso no es más que el de una hipótesis que ya se ha realizado en el presente; el orden del Tú, en cambio, es el de quien va hacia otra hipótesis y, agrega: “Todo orden jurídico positivo puede privilegiar el orden del Esso, respecto al del Tú, hasta acrecentar y absolutizar (creativamente) la “función” del ente-hombre en forma tal de agotar la *posibilidad* en la *capacidad*; o sea, el poder-ser frente al saber-hacer”. El desarrollo de la capacidad humana de experimentar y utilizar tiene lugar –dice Buber– por lo general disminuyendo la fuerza de relación del hombre”. Es cuanto se da en la sociedad de masas, regidas por lo bio-maquinal. Cfr. *Il diritto strutturato come il discorso*, op. cit. pp. 62-63.

[58] Cfr. B. Romano, *Sulla visione procedurale del diritto. Saggio sul fondamentalismo funzionale*, op. cit.

La tarea del tercero resulta, en consecuencia, cada vez menos destinada a aplicarse a los hombres, singularmente considerados, sujetos de derecho, el 'quien' del derecho a hacer uso de la palabra en el espacio público de las instituciones jurídicas, que hoy no son otra cosa que lugares sin subjetividad: ciencia y mercado constituyen los dos íconos de referencia del hombre, sujeto a un proceso de privatización de la razón jurídica.

Se infiere, entonces, que las normas no preceden las conductas humanas, no regulan *a priori* los comportamientos, sino que acaecen con los hechos determinados de manera triunfante, es decir, con hechos funcionales y eficientes, que pasan a ser su justificación. Es definido, por tanto, 'justo' o ya 'injusto' el hecho que ha obtenido suceso y ha logrado la forma de la legalidad (el formalismo jurídico), dispuesta a aceptar cualquier contenido[59].

Este proceso transformativo de justificación se manifiesta con un poder expansivo siempre mayor, cada vez más potente y menos contrastable, porque no tiene un rostro visible[60], o sea material. Llega así a ser predominante el nihilismo jurídico, carente de cualquier referencia a las decisiones del hombre y a la ausencia de la expresión 'derechos humanos'. Como conclusión, puede afirmarse, en suma, que sin el compromiso especulativo acerca del vínculo que une al hombre con la justicia, toda expresión pronunciada sobre el derecho puede reducirse simplemente a un mero ejercicio fonético.

La búsqueda de la justicia no tiene límite, pues su duración es la misma del hombre. En esta tarea, que se manifiesta en la formación del jurista, cada hombre libremente interpreta el texto social, o sea, la realidad, por lo tanto, la obligación jurídica se alcanza cuando llega a ser posible la libre interpretación, en una condición *polisémica*[61] donde la libertad, mediada por el respeto del otro, es la tarea específica del hombre, sujeto de la obligación, en cuanto sujeto jurídico.

---

[59] La aplicación paradigmática de este principio, permite afirmar que, del *ser* y de la *realidad* se puede hablar de muchas maneras, pues contienen pluralidad de acepciones. En efecto, recuerda Cananzi las dos formas tradicionales de interpretación del derecho: la *estática,* vinculada con la clausura semiótico-semántica de las normas; la otra, *nomostática,* abierta a la hermenéutica del fenómeno jurídico. Señala cómo "El positivismo de Hans Kelsen asume precisamente una dimensión dinámica pero, al mismo tiempo, de puño nihilista", ya que "el derecho puede recibir cualquier contenido", abriendo así la posibilidad de ser utilizado por cualquier ideología política que detente el poder o, en la instrumentalización ética del hombre, como un medio para los fines de la potencia más fuerte, en este caso, la del mundo del mercado opuesta, ciertamente, a la visión kantiana, que absolutiza al hombre.

[60] Cfr. supra nota 18.

[61] Conviene recordar la diferencia entre *cifra* y *número*. Este no es objeto de interpretación, como sí lo es aquella que presenta una estructura plural, de sentido polisémico, por tanto, con una capacidad de respuesta a los requerimientos hermenéuticos. Cfr. B. Romano, *Filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

El derecho es instituido, huelga reiterarlo, a través de la subjetividad, que no se encuentra en ninguna producción de la ciencia sujeta a un estatuto técnico. Es propio del derecho remitirse al lenguaje[62], patrimonio exclusivo del hombre como una estructura en la cual se alimentan la libertad y la responsabilidad de las conductas. Sólo en esta dirección se hacen posibles la imputabilidad y el juicio jurídico, al remitir los comportamientos que tienen carácter jurídico, a un sujeto que ejercita la libertad[63] y forma su identidad al expresar una decisión libre y responsable.

A lo largo de este camino, la filosofía del derecho invita y llama continuamente al jurista y al filósofo, a asumir sus propias responsabilidades: la legalidad históricamente dada[64] –el ordenamiento jurídico vigente– es indudablemente, un instrumento de la *justicia*, pero esto no significa que se pueda sustituir a aquella, o pueda ser reemplazada por ella, ya que la sola legalidad puede no coincidir, en muchos casos, con la justicia.

---

[62] Cabe precisar que toda la estructura filosófica de Romano, gira en torno al nexo que une el *lenguaje a la subjetividad*, como fácilmente puede advertirse a lo largo de estas páginas. A dicha visión se refiere Cananzi cuando, entre otras consideraciones, recuerda: "El instrumento lingüístico de la cifra se convierte en la mejor expresión del arte, pues según Aristóteles, el hombre se encuentra siempre a la búsqueda del saber" y, agrega: "Arte este que "deja hablar la cifra, revelando (…) algo que permanece escondido en la cercanía del ser", equivalente, sin más, al lenguaje "encerrado" en el propio dicho". De ahí la relación que establece Ricoeur, entre Decir = dicho; apertura-clausura; poética y retórica, que son los grados metafóricos del lenguaje y que se aproximan a la *estética jurídica*, a partir de la cual se puede abordar el derecho y su doble relación: *causar* e *instituir*. Concluye poniendo de presente las consecuencias de la pretensión de objetivizar el derecho en sus formas, lo que significa 'perder la complejidad de la sustancia e identificar lo *dicho* con lo ya *dicho* (norma), no reconociendo "las palabras" como auténticamente "cifras" diferentes de los números (los signos). De aquí surge, precisamente, la "diferencia entre factualidad normativa (que en Romano significa que el derecho no es el hecho que triunfa y se impone, pues tiene una especificidad fenomenológica no equiparable a otros fenómenos de la coexistencia, como vgr. la economía, los mass media, etc.) y la fenomenología jurídica. Cobra coherencia, por tanto, el discurso de Romano cuando señala, al §2: "La filosofía del derecho no es un saber incapaz de adquirir la categoría de ciencia jurídica…".

[63] Cfr. supra nota 1.

[64] Cfr. supra nota 5.